



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**V ZR 8/15**

vom

16. September 2015

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. September 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Weinland und die Richter Dr. Kazele und Dr. Göbel

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten und der Streit-  
helferin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
Düsseldorf vom 19. November 2014 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,  
auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbe-  
schwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt  
70.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin gewährte der KALA Baumaschinen (im Folgenden: KALA) im April 2006 ein Darlehen zur Finanzierung des Erwerbs eines Krans und ließ sich diesen von der KALA zur Sicherheit übereignen. Die KALA verkaufte den Kran im Dezember 2006 an die Fa. C. (im Folgenden: C.), die den Kran im selben Monat sowie im Juli 2010 an zwei Leasingunternehmen weiterverkaufte, die Firmen A. (im Folgenden A. ) und Co.

(im Folgenden Co.           ). Auf Grund von Verträgen mit den Leasingunternehmen blieb die KALA im Besitz des Krans. Im August 2010 mietete die Beklagte den Kran von der KALA und nutzt ihn seither.

2           Im November 2010 verkaufte die KALA denselben Kran erneut, dieses Mal an die Fa. E.           (im Folgenden E.           ). Ende November/Anfang Dezember 2010 schloss die KALA mit der Streithelferin der Beklagten einen Leasingvertrag und unterzeichnete eine Bestätigung über die Übernahme des Krans, in der die E.           als Lieferantin genannt ist. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KALA nahmen neben der Klägerin und der Streithelferin auch andere Leasingunternehmen das Eigentum an dem Kran für sich in Anspruch. Nachdem der Insolvenzverwalter den Kran freigegeben und die Streithelferin sich gegenüber der Beklagten verpflichtet hatte, sie von Eigentumsansprüchen anderer Leasing-/Finanzierungsinstitute freizustellen, schloss die Beklagte mit der Streithelferin im Februar 2012 einen Leasingvertrag über den Kran.

3           Die Klägerin verlangt von der Beklagten, soweit hier noch von Interesse, die Herausgabe des Krans, Auskunft über die Höhe der aus der Vermietung des Kranes erzielten Einnahmen und über die Zeiten der Selbstnutzung sowie Auskehr der sich nach der Auskunft ergebenden Mieteinnahmen bzw. Zahlung einer Nutzungsentschädigung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wollen die Beklagte und die Streithelferin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen.

II.

4 Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne nach § 985 BGB von der Beklagten die Herausgabe des Kranes verlangen. Das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin Eigentümerin des Kranes geworden sei; es habe aber zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin darlegen und beweisen müsse, dass sie ihr Eigentum durch die nachfolgenden Veräußerungen nicht verloren habe. Für die Klägerin streite die Vermutung der Fortdauer ihres Eigentums, weshalb die Beklagte und ihre Streithelferin hätten darlegen und beweisen müssen, auf Grund welcher Verfügungen die Klägerin ihr Eigentum verloren habe. Das sei ihnen bei keinem der in Betracht kommenden Geschäfte gelungen.

III.

5 Das angefochtene Berufungsurteil ist auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten und der Streithelferin nach § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben, weil das Berufungsgericht deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

6 1. a) Dem Inhalt des Verfahrensgrundrechts entnimmt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen darf, von dem Berufungsgericht rechtzeitig einen Hinweis zu erhalten, wenn dieses in einem entscheidungserheblichen Punkt der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und auf Grund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält (Senat, Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12, NJW-RR 2014, 177 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 14. März 2006 - IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937

Rn. 4). Der Berufungsbeklagte darf darauf vertrauen, dass ihn das Berufungsgericht, wenn es in der tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung dem Erstrichter nicht folgen will, auf seine von dem erstinstanzlichen Gericht abweichende Beurteilung hinweist und zwar so, dass noch rechtzeitig vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagiert werden kann (Senat, Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12, aaO; BVerfG, NJW 2003, 2524). Die Parteien müssen Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen können; sie dürfen nicht gehindert sein, ihren Sachvortrag zu ergänzen (Senat, Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12, aaO; BVerfGE 86, 188, 190 und BVerfGE 88, 133, 144).

7           b) Das Berufungsgericht hat diese Hinweispflicht verletzt. Es hat den Rechtsstreit anders als das erstinstanzliche Gericht entschieden, weil es - rechtlich zutreffend - davon ausgeht, dass für die Klägerin, die als (erste) Kreditgeberin nach § 930 BGB das Eigentum und den mittelbaren Besitz erlangt hatte, die Eigentumsvermutung nach § 1006 Abs. 2 u. 3 BGB streitet. Diese Vermutung wirkt über den späteren Besitzverlust hinaus solange fort, bis sie widerlegt ist (BGH, Urteil vom 25. Januar 1984 - VIII ZR 270/82, NJW 1984, 1456, 1457; Urteil vom 19. Dezember 1994 - II ZR 4/94, NJW 1995, 1292, 1293; Urteil vom 10. November 2004 - VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, 108 f.). Das Berufungsgericht nimmt daher rechtsfehlerfrei an, dass nicht die Klägerin, sondern die Beklagte bzw. deren Streithelferin die Voraussetzungen derjenigen Erwerbsgeschäfte darzulegen und zu beweisen haben, die nach §§ 932 ff. BGB zu einem Verlust des Eigentums der Klägerin geführt haben könnten.

8           Auf seine - der Entscheidung des Landgerichts entgegengesetzte - Auffassung zur Darlegungs- und Beweislast hätte das Berufungsgericht die Beklagte und ihre Streithelferin jedoch hinweisen müssen. Ihnen ist im Berufungsverfahren Gelegenheit zu geben, die den Besitz betreffenden Voraussetzungen für

einen gutgläubigen Erwerb des Eigentums an dem von KALA mehrfach veräußerten und „zurückgeleasten“ Kran durch die Zwischenerwerber (C. und E. ) oder durch die anderen Leasingunternehmen (A. , Co. und Streithelferin) darzulegen und zu beweisen. Das ist jedoch, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht beanstandet, nicht geschehen. Da ein solcher Hinweis in den Gerichtsakten nicht dokumentiert ist, gilt er als nicht erteilt (§ 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO; BGH, Beschluss vom 30. Juni 2011 - IX ZR 35/10, WM 2011, 1971 Rn. 5).

9 c) Ein Hinweis durch das Berufungsgericht war nicht ausnahmsweise deshalb entbehrlich, weil die Frage, ob die Klägerin ihr Eigentum an dem Kran durch einen nachfolgenden gutgläubigen Erwerb verloren hat, der zentrale Streitpunkt des Rechtsstreits ist.

10 Allerdings bedarf es regelmäßig keines richterlichen Hinweises, wenn die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts als zentraler Streitpunkt im Berufungsrechtszug zur Überprüfung gestellt wird und das Berufungsgericht sich sodann der Auffassung des Berufungsklägers anschließt. Denn in diesem Fall muss die in erster Instanz erfolgreiche Partei von vornherein damit rechnen, dass das Berufungsgericht anderer Auffassung ist. Seine dementsprechende Entscheidung kann im Grundsatz nicht überraschend sein (Senat, Urteil vom 21. Oktober 2005 - V ZR 169/04, NJW-RR 2006, 235 Rn. 8; BGH, Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 113/09, NJW 2010, 3089 Rn. 18; Urteil vom 10. Juli 2012 - II ZR 212/10, NJW 2012, 3035 Rn. 7).

11 So verhält es sich hier aber nicht, weil das Berufungsgericht sich nicht der Rechtsauffassung der Klägerin angeschlossen, sondern eine eigenständige Begründung für seine Entscheidung gegeben hat. Die Klägerin hat sich nämlich nicht auf die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB berufen, sondern gemeint

- unabhängig von der Eigentumslage - einen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB zu haben, da die Streithelferin bei der Besitzerlangung bösgläubig gewesen sei.

12            2. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs betrifft einen entscheidungserheblichen Punkt. Nach dem im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts ergänzten Vorbringen der Beklagten und ihrer Streithelferin in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde kommt ein Eigentumsverlust der Klägerin durch gutgläubigen Erwerb des Krans durch die Co.        oder die Streithelferin in Betracht.

13            a) In Bezug auf einen gutgläubigen Erwerb des Eigentums durch die Zwischenerwerber ist allerdings auch das neue Vorbringen unerheblich.

14            aa) Die C.        und die E.        konnten das Eigentum an dem Kran nicht gutgläubig nach § 930, § 933 Fall 1 BGB erwerben. Die Schaffung des mittelbaren Besitzes durch ein mit dem Veräußerer begründetes Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB reicht zum gutgläubigen Erwerb nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 1968 - VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45, 49). Wurde der Besitz den Zwischenerwerbern nicht nach § 929 Abs. 1, § 933 letzter Satzteil BGB übertragen, sondern blieb er bei der KALA, die den Kran in ihrem Betrieb weiter nutzen und ihn für die Erwerber lediglich verwahren sollte, fehlte es an der für einen Eigentumserwerb kraft guten Glaubens notwendigen Übertragung des Besitzes.

15            bb) An einem schlüssigen Vortrag dazu fehlt es nach wie vor. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1 in Verbindung mit § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB oder nach § 930 in Verbindung mit § 933 Fall 2 BGB setzt einen vollständigen Besitzverlust des Veräußerers voraus. Der Veräußerer muss jede Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache restlos aufgeben (BGH, Urteil vom 5. Mai

1971 - VIII ZR 217/69, BGHZ 56, 123, 129; Urteil vom 3. Juni 1996 - II ZR 166/95, NJW 1996, 2654, 2655). Dass der Vortrag über die Unterbringung der Kräne der KALA auf dem Gelände der C. für einen solchen Besitzverlust der KALA nicht hinreicht, ist von dem Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt. Eine vollständige Besitzaufgabe der KALA bei der Veräußerung ergibt sich auch nicht aus dem neuen Vorbringen unter Bezugnahme auf die Anklageschrift gegen den Inhaber der KALA, nach dem die KALA vor und nach den Geschäften mit der C. deren Grundstück als Stellfläche für die Kräne nutzte. Der Veräußerer behält nämlich den Besitz an den auf einem fremden Grundstück stehenden, an den Grundstückseigentümer veräußerten Maschinen, wenn er auf Grund eines Miet- oder Leihvertrags Zugang zu dem Grundstück hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1979 - VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 715 - zum Besitz an den in Räumen befindlichen Gegenständen).

16 cc) Die nachfolgende Zwischenerwerberin E. hat von der KALA ebenfalls kein Eigentum erworben. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1 i.V.m. § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht möglich, wenn keine Übergabe erfolgt. Die bloße Erklärung der Vertragsparteien, dass man dem Erwerber den Besitz einräume, genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen für eine Übergabe (BGH, Urteil vom 10. Januar 1979 - VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 175). Das Gesetz kennt keine symbolische Besitzübertragung; es bedarf der Begründung eines wirklichen, tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses über die Sache (RGZ 77, 201, 208). Dass und wie die KALA die tatsächliche Gewalt verloren und die E. den Besitz ergriffen hat, wird aus dem Vorbringen der Beklagten und der Streithelferin vor dem Hintergrund nicht erkennbar, dass zu dieser Zeit bereits die Beklagte unmittelbare Besitzerin war, die den Kran auf einer ihrer Baustellen einsetzte. Das Berufungsgericht sieht den allein auf das Übergabeprotokoll gestützten Vortrag der Beklagten und ihres Streithelfers daher zu Recht als unschlüssig an. Daran hat sich durch den ergänzenden Vortrag der



Nichtzulassungsbeschwerde, dass der Kran an dem im Protokoll genannten Tag auch übergeben worden sei, nichts geändert.

17            b) In Betracht kommt nach dem ergänzenden Vortrag jedoch ein Eigentumsverlust der Klägerin durch einen gutgläubigen Erwerb der Co. .

18            aa) Auch ein redlicher Käufer erwirbt allerdings nicht schon dann gutgläubig das Eigentum, wenn er mit dem unredlich handelnden (fremdes Eigentum veruntreuenden) unmittelbaren Besitzer ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB begründet und sich sodann mit dem Veräußerer über den Eigentumsübergang einigt. Der Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1, § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Erwerber den mittelbaren Besitz auf Grund einer Besitzeinweisung des Veräußerers an den unmittelbaren Besitzer erlangt (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2004 - VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, 111). So soll es sich nach dem neuen, unter Beweis des Zeugnisses der Geschäftsführerin der C. gestellten Vortrag verhalten haben.

19            Ob die C. - wie nunmehr unter Beweisantritt behauptet - sich mit der Co. darauf verständigt hat, dass die KALA den Kran für diese besitzen sollte und die KALA dementsprechend angewiesen hat, oder ob die KALA sich mit der Co. zunächst über den Leasingvertrag verständigte und diese den Kran dann von der C. mit der Anweisung zur Lieferung an die KALA erwarb, was nicht unter die §§ 929, 930 BGB fiele, wird in der Beweisaufnahme festzustellen sein.

20            bb) Die Bösgläubigkeit des Geschäftsführers der KALA, der die tatsächlichen Verhältnisse kannte, stünde einem Eigentumserwerb der Co. kraft guten Glaubens entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entgegen. Denn die KALA hat die Co. nicht bei der Einigung, sondern allein bei der Übergabe vertreten.

21 (1) Die Bösgläubigkeit eines von dem Erwerber eingeschalteten Besitzmittlers hindert einen Erwerb des Eigentums durch den gutgläubigen Erwerber nicht. Die Vorschrift über die Zurechnung des Wissens des Vertreters auf den Vertretenen in § 166 Abs. 1 BGB findet nämlich nur auf die rechtsgeschäftliche Einigung, aber nicht auf die Besitzübergabe Anwendung, bei der es eine rechtsgeschäftliche Vertretung nicht gibt. Für die Übergabe ist die Frage, wessen guter Glaube vorhanden sein muss, ohne Bedeutung. § 166 Abs. 1 BGB verschiebt nicht die Regel der §§ 932 ff. BGB, dass der Erwerber gutgläubig gewesen sein muss (RGZ 137, 23, 27; Bamberger/Roth/Kindl, BGB, 3. Aufl., § 932 Rn. 13; Erman/Bayer, BGB, 14. Aufl., § 932 Rn. 8; jurisPK-BGB/Beckmann, 7. Aufl., § 932 Rn. 20; MünchKomm-BGB/Oechsler, 6. Aufl.; § 932 Rn. 39; PWW/Prütting, BGB, 10. Aufl., § 932 Rn. 11; Staudinger/Wiegand, BGB [2005], § 932 Rn. 98).

22 (2) Etwas anderes ergibt sich in diesem Fall auch nicht aus der von dem Berufungsgericht zitierten Auffassung im Schrifttum, die § 166 Abs. 1 BGB analog auch auf Besitzmittler und Besitzdiener anwenden will, sofern diesen eine eigenverantwortliche Prüfungskompetenz hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an der entgegenezunehmenden Sache eingeräumt worden ist (Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, S. 258 f.; ders. in Staudinger, BGB [2014], § 166 Rn. 9; Gursky in Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 46 Rn. 16; NK-BGB/Meller-Hannich, 3. Aufl., § 932 Rn. 32). Nach der vorgedruckten Endabnahmeerklärung hatte der Leasingnehmer in Vollmacht und Namen der Co. allein die Identität der Sache (die Übereinstimmung von Rechnung und Lieferung) und die Mängelfreiheit der Sache zu bestätigen; eine Prüfungskompetenz im Hinblick auf das Eigentum des Lieferanten wird ihm dagegen nicht eingeräumt.

- 23 c) Das Vorstehende gilt entsprechend für einen etwaigen Erwerb der Streithelferin von der E. .

IV.

- 24 Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die Tenorierung zu 3 und 4 im angefochtenen Urteil unbestimmt und daher fehlerhaft ist (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - XII ZR 94/03, BGHZ 223, 228 f. zu den Anforderungen an einen Zahlungstitel). Richtigerweise hätte über die zugrunde liegenden, unbezifferten Klageanträge noch nicht entschieden werden dürfen. Bei einer Stufenklage (§ 254 ZPO), wie sie hier erhoben worden ist, bilden die Ansprüche auf Auskunft, ggf. auf eidesstattliche Versicherung sowie auf Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Betrages prozessual selbständige Teile des Rechtsstreits, über die durch Teilurteil(e) und Schlussurteil zu entscheiden ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2011 - VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042, 1044; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 254 Rn. 7). Ergibt die erneute Prüfung wiederum, dass der Klägerin die geltend gemachten Zahlungsansprüche dem Grunde nach zustehen, ist die Beklagte durch Teilurteil zunächst zur Auskunft zu verurteilen. Nach erteilter Auskunft muss die Klägerin ihren Zahlungsan-

spruch beziffern (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO); anschließend ist hierüber zu verhandeln und zu entscheiden.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Weinland

Kazele

Göbel

Vorinstanzen:

LG Krefeld, Entscheidung vom 09.01.2014 - 7 O 110/12 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.11.2014 - I-11 U 3/14 -